

www.ridrom.uclm.es
ISSN 1989-1970
ridrom@uclm.es

RIDROM

Derecho Romano,
Tradición Romanística y
Ciencias
Histórico-Jurídicas

REVISTA INTERNACIONAL DE DERECHO ROMANO

LA “OBLIGATIO” Y SUS FUENTES
THE “OBLIGATIO” AND HER SOURCES

Luis Rodríguez Ennes
Catedrático de Derecho Romano
Universidad de Vigo
ennes@uvigo.es

I. CONCEPTO Y EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA *OBLIGATIO*.

La palabra *obligare* es relativamente antigua –aparece ya en las comedias de Plauto y significa “atar”¹. En el lenguaje jurídico tiene dos acepciones: *obligare rem*, “atar una cosa”, “darla en garantía”, y *obligare personam*, “imponer un deber a una

¹Así *obligare tabellam* (Bacch. 748).

persona”. En contraste con *obligare*, el sustantivo *obligatio* surge tardíamente, se le encuentra por primera vez en Cicerón². Así las cosas, no era todavía corriente al final de la República y es que, como es sabido, la lengua latina era poco propicia a la admisión de nuevos nombres. Con todo, en la época clásica, *obligatio* fue un término jurídico bien conocido y lo mismo que *obligare* usado en relación con cosas y personas (*obligatio rei*, *obligatio personae*).

Se admitió que el verbo *ob-ligo* tiene como vínculo derivado la *obligatio*, pero se discutió sobre la naturaleza material o ideal de esta vinculación. Así Gioffredi³ hace medio siglo defendió el carácter de vínculo ideal de la *obligatio* frente a la opinión, más extendida entonces, que consideraba existente un vínculo material de sujeción de la persona obligada. Se entendió, apoyándose en Plauto⁴ que *obligari* se refería prioritariamente a las cosas dadas en garantía más que a las personas de los deudores.

Es célebre la definición de *obligatio* recogida en las Instituciones de Justiniano: *obligatio est iuris vinculum, quo necessitate adstringimur alicuius solvendae rei secundum nostris civitatis iura* (I. 3, 13, pr.). Tal definición recoge la idea de que la obligación es un vínculo jurídico en cuya virtud nos vemos forzados a realizar una determinada prestación, según el ordenamiento jurídico a que pertenecemos (y, por tanto, respecto a los romanos, según el *ius civile*).

²Cic. *Ad Brut.* 1, 183.

³GIOFFREDI, *Diritto e Processo nelle antiche forme giuridiche romane* (Roma, 1955) p. 223 ss.

⁴PLAUT. *Truc.* 214: *nam fundi et aedis obligatae sunt ob amoris praedium.*

germánicos⁸, del mismo modo ha sido igualmente aplicada con óptimos resultados en la historiografía jurídica relativa a la más remota civilización del Oriente mediterráneo⁹ y a la griega en particular¹⁰. Biscardi utiliza la concepción germana de la *obligatio*, aplicando la distinción entre el *debitum* (“Schuld”) y la responsabilidad (“Haftung”), como instrumento conceptual para interpretar la protohistoria de la noción de *obligatio* romana, que él concibe como una forma de garantía indiferenciada, que puede implicar, como hemos dicho, una sujeción material de una persona o de una cosa¹¹. El presupuesto de la *obligatio* en sentido unitario sería el *debitum* (“Schuld”), pero a efectos del nacimiento de un vínculo a cargo del deudor era necesario el establecimiento de una garantía del cumplimiento (“Haftung”) que podría recaer sobre una persona o una cosa¹². En definitiva, para Biscardi la *obligatio rei* sería una especie del *genus* “*obligatio*”¹³.

⁸En este sentido, cabe citar las dos más famosas contribuciones de AMIRA, *Nordgermanisches Obligationenrecht* (Leipzig, 1882-1895) y de SCHUPFER, *Il debito e la responsabilità. Studio sulla guadia longobarda [wadiatio]*, en RISG LVI (1915) p. 229 ss.

⁹ Basta con seguir los trabajos de SZLECHTER sobre los derechos cuneiformes en SDHI, XLIV-L (1978-1984) y las ocasionales reseñas de los estudios sobre el derecho faraónico de THEODORIDES contenidos en la RIDA hasta su fallecimiento hace unos años.

¹⁰*Vid.*, sobre todos, BISCARDI, *Diritto greco e antico* (Milán, 1982), *passim*; más concretamente en punto a este tema: KUSSMAUL, *Synthekai. Beiträge zur Geschichte des attischen Obligationenrechts* (Basilea, 1969).

¹¹BISCARDI, *Dottrina romana dell’obligatio rei* (Milán, 1991) p. 14 ss. Más recientemente, del mismo a.: “La genesi del concetto classico di *obligatio*”, en *Derecho romano de obligaciones. Homenaje al profesor José Luis Murga Gener* (Madrid, 1994) p. 21 ss. En lo sucesivo *Estudios Murga*.

¹²BISCARDI, *Dottrina romana*, cit., p. 16.

Sin detenernos más en la teoría de la *obligatio rei* de Biscardi concluiremos haciendo referencia aun punto muy importante y original y, por ello, discutible de su investigación. La transfiguración de la noción de *obligatio* por la cual se convertiría ésta en *vinculum iuris*, es decir en deber jurídico (“*obligo giuridico*”) tendría lugar con la *Lex Poetelia Papiria* que derogó el *nexum*¹⁴, “attenuando” d’un colpo la *condizione personali dei nexi*”. Son Tito Livio¹⁵ y Cicerón¹⁶ los que nos informan sobre las vicisitudes y el contenido de la ley¹⁷. El relato de las circunstancias que

¹³*Ibid.*, p. 3.

¹⁴*Ibid.*, p. 166.

¹⁵Liv. *Ab urbe condita*, 8, 28, 8: *victum eo die... ingens vinculum fidei: iussique consules ferre ad populum ne quis, nisi noxam meruisset, donec poenam lueret, in compedibus aut in nervo teneretur; pecuniae creditae bona debitoris, non corpus obnoxium esset. Ita nexi soluti, cautumque in posterum ne necterentur.*

¹⁶Cic., *De re publi* 2, 34, 59: *Fuerat fortasse aliqua ratio maioribus nostris in illo aere alieno medendi, quae neque Solonem Atheniensem non longis temporis ante fugerat, neque post aliquanto nostrum senatum, cum sunt propter unius libidinem omnia nexa civium liberata nectierque postea desitum: semperque huic generi, cum plebes publica calamitate impendiis debilitata deficeret, salutis omnium causa aliqua sublevatio et medicina quaesita est.*

¹⁷Más referencias, de menor enjundia, en Dionys. 16, 5; Sal. *Catil.* 33; Quintil. *Inst. Or.* 7, 3, 26; Decl. 311, Plaut. *Asin.* 5, 2, 87; *Bacch.* 5, 2, 88; Gayo, 4, 25. Según ROTONDI, *Leges Publicae Populi romani* (Milán, 1912) p. 230, dicha lex fue *rogata* por los cónsules C. Poetelio Libo y L. Papirio Cursor, no se sabe en qué comicios. Algunos autores, como Mommsen y Rudorff la atribuyen exclusivamente a C. Poetelio, dictador en el 331 a. C., sobre la base de un corrompido texto de Varrón, de *L. L.* 7, 105: *Hoc C. Poetelio Libone Visolo dictatore sublatum ne fieret, et omnes qui Bonam Copiam iurarunt, ne essent nexi dissoluti.*

provocaron la emanación de la *Lex Poetelia Papiria* que nos transmite Livio en el cap. 28 del libro VIII *Ab urbe condita*, es realmente dramático.

Un joven de óptima familia, debido a la situación económica desastrosa de su padre, fue constreñido a caer en manos de un usurero; éste, vicioso y privado de escrúpulos, intentó estuprar al deudor *nexus* (es decir, al hijo), *ut florem aetatis fructum adventicium crediti ratus*; y frente a su desdén y a su resistencia optó por desnudarlo y golpearlo ferozmente. La víctima, con el torso ensangrentado se precipitó entre los viandantes, mostrando sus heridas y denunciando a su cruel y libidinoso acreedor. Por todo ello, suscitó la indignación de los presentes ante la injuria sufrida por un ciudadano de tierna edad, y la multitud lo acompañó tumultuosamente a la curia, llamando a los cónsules, a los que tras mostrarles las laceraciones, impetraron su intervención a fin de reparar adecuadamente el innombrable abuso¹⁸.

De ahí surgieron dos medidas inmediatas, arbitradas por los cónsules y el senado al unísono: una, primera, de policía, consistente en el arresto y la encarcelación del culpable¹⁹, y una propuesta de ley que daría lugar a la *Lex Poetelia Papiria*. A esta norma se le atribuyó canónicamente la abolición de la ejecución personal por deudas cuando, no cabe duda, que dicho procedimiento ejecutivo in *personam* permaneció en vigor durante bastante más tiempo y que la ejecución sobre

¹⁸Livio habla de la espontánea reacción a un singular e intolerable ultraje (8, 28, 8: *ob impotentem iniuriam unius*) y Cicerón se hace eco de ello diciendo (*de re publ.* 2, 34, 59): *propter unius libidinem*.

¹⁹Sobre ello insiste Valerio Máximo que, entre otros datos dignos de destacar, desea únicamente preservar el recuerdo de un memorable atentado a la *pudicitia*: *Fact. Et dict. Mem. libri*, 6, 1, 9.

política –habla de *aliud initium libertatis* y de *mutatum ius*. Además, Cicerón alude *ex professo* a una reforma, asaz famosa, de la legislación solónica en pro de una atenuación del *aes alienum*²⁷.

Analizando el contenido legislativo de la reforma introducida en el 326 (o menos probablemente del 313) a.C.²⁸ nos hayamos en situación de valorar sobre el plano histórico toda la importancia de la *Lex Poetelia Papiria*. Para Biscardi, esta *lex* significó una revolución conceptual en la historia de la *obligatio*, cuyo resultado fue una coincidencia de hecho entre las figuras del *debitor* y del *obligatus*, de modo que *debitum* y *obligatio personae* quedarían desde entonces compenetrados y el deudor respondería del *debitum* con sus bienes, mientras la *obligatio rei* permanecería aplicándose respecto a las garantías reales²⁹. El atribuir a la *Lex*

²⁷Varrón escribe que la *dissolutio* de los *nexi* era aplicable a todos aquellos (*omnes*) *qui bonam copiam iurarunt*. Aunque el lingüista es el único que hace referencia a esta situación, tal referencia no pudo ser fruto de la fantasía. Como ha señalado BISCARDI, “La genesi”, cit., p. 24: la fórmula varroniana aparece también en el texto de la *Tabulla Heracleensis* del año 48 a. C (1, 113) y a la misma se alude en una carta de Cicerón del 10 de julio del 46 a. C. (*ad fam.* 9, 16, 7), en la que también se hacen referencias implícitas a la *lex Iulia de pecuniis mutuis* del año 49 y la *existimatio*, de la que habla César (de B. C. 3, 1, 3) que la *dissolutio* de los *nexi* habría tenido lugar en favor de todos los deudores que habían jurado –frente al magistrado jurisdiccional- en la hipótesis de su insolvencia parcial, de dejar a disposición de los acreedores, sobre la base de un inventario, todo cuanto el *nexus* hubiese tenido ahora disponible (Cfr. , a este respecto, MAGDELAIN, “La loi Poetelia Papiria et la loi Julia de pecuniis mutuis”, en *Estudios d’Ors*, II, p. 815-817). KASER, ha visto en todo ello un precedente más o menos remoto de la *cessio bonorum* cfr. *Römisches Zivilprozessrecht* (Munich, 1966) par. 61.

²⁸Para la datación de la ley, vid. ROTONDI, *Leges publicae*, cit., p. 230-231.

²⁹BISCARDI, *Dottrina romana*, cit., p. 166.

Para Kaser, los *Herrschaftsrechte* sobre personas y cosas supone en el derecho de apoderarse del responsable (*Zugriffsrecht*). La *obligatio* podría surgir también de la responsabilidad delictual como resultado de un pacto de reparación del delito, porque éste, por sí mismo, generaría una *obligatio* según recientes hipótesis⁴². En definitiva, según Kaser, *obligare* significa *nectere* y, en primer lugar, sujeción corporal y posteriormente un vínculo ideal. La responsabilidad (*Haftung*) equivale para Kaser a un tipo de vínculo pignoraticio de prenda personal en sus orígenes.

Podría decirse que se ha producido un cierto acercamiento entre las teorías romana y germánica. Sin embargo, a modo de conclusión sobre este punto, no resulta fácil admitir una protohistoria de la *obligatio*, como pretende Biscardi, en que *obligatio rei* y *obligatio personae* constituyesen un *genus* único. Admitir que la *obligatio* romana haya comprendido los dos aspectos de débito y responsabilidad y que el *sponsor* responderá de la conducta de otro, nos reconduce -como afirma Talamanca⁴³- a la problemática de la *stipulatio-sponsio*. Kunkel analizó agudamente este tema afirmando que dogmáticamente *debitum* y responsabilidad forman una unidad orgánica⁴⁴, pero en la realidad aparecen como momentos históricos distintos.

II. LA OBLIGATIO CLÁSICA: EVOLUCIÓN POSTERIOR.

La doctrina clásica dominante usaba los términos *obligatio* y *obligare* dentro de la esfera propia del derecho privado, limitando su aplicación al *ius civile*. Según

⁴²KASER, *Das altrömische "Ius"*, cit., p. 150.

⁴³TALAMANCA, *Instituzioni di diritto romano* (Milán, 1990) p. 501 ss.

⁴⁴JÖRS-KUNKEL, loc. cit. en nt. 39.

estos autores, *obligatio* era un vínculo jurídico entre dos personas, que implicaba un deber de una de éstas respecto a la otra, reconocido por el *ius civile* y susceptible de hacerse efectivo mediante una *actio in personam*⁴⁵. El problema, a partir de Windscheid, se orientó hacia un planteamiento más profundo, concretamente a la naturaleza misma del sistema jurídico romano: ¿los romanos reconocían directamente derechos subjetivos o simplemente *actiones*? No es posible describir aquí más ampliamente la polémica en torno a este tema, en especial en Alemania, hacia fines del siglo pasado, pero sí creemos oportuno señalar que la función del pretor en el *edictum* parece limitada a otorgar *actiones*, y no a crear derechos *-iura-*. En este sentido, p. ej. Reconoce Gayo, III, 32 que *praetor heredes facere non potest, per legem enim tantum... heredes fiunt, velut per senatus consultum et consitutionem principalem...* El argumento procesalmente más importante de Windscheid consiste en valorar como una prioridad la facultad pretoria de *dare vel denegare actionem* y, por ello, supone que la *actio* tendría la supremacía⁴⁶.

⁴⁵En esta corriente doctrinal se hallan PEROZZI, *Le obbligazioni romane* (Bologna, 1903)=*Scritti* II (1948); ARANGIO-RUIZ, *Le genti e le città Scritti* I, p. 519 ss.; ALBERTARIO, *Corso di diritto romano. Le obbligazioni. Parte Generale* (Milán, 1947). Una solución intermedia de SEGRÉ, “*Obligatio, obligare, obligari nei testi della giurisprudenza clásica e del tempo di Diocleziano*”, en *Studi Bonfante*, III, no supuso una solución convincente.

⁴⁶Para M. FUENTESECA, cabe objetar que el *praetor* en el proceso formulario no otorga *actiones*, sino *iudicia*, es decir, *formulae procesales*. El *Edictum* supone un *agere per formulas* frente a las *legis actiones*. A cada *obligatio civilis* corresponde una *actio civilis in personam*. El sistema clásico de los contratos estaba basado en la tipicidad, con *obligationes* concretas y *actiones* también concretas, de tal modo que no existía un concepto general de *contractus* hasta que fue superada la tipicidad contractual. La noción de *contractus* del *ius civile*, que Gayo refleja en su conocida cuatripartición, está encuadrada en el binomio *actio-obligatio civilis*. [Cfr. *El problema de la relación entre “novatio” y “delegatio” desde Roma hasta las codificaciones europeas* (Madrid, 2000) p. 18, nt. 1].

Así las cosas, *obligatio* fue un concepto limitado al *ius civile*, lo mismo que los conceptos de *dominium*, *heres*, *hereditas*. No existió *obligatio* honoraria alguna, como no existieron el *dominium honorarium* (o *praetorium*) ni el *heres honorarius* (o *praetorius*). Si una persona estaba vinculada *iure praetorio* para hacer algo en favor de otra, esta relación no venía expresada con los términos *obligatio* y *obligare*. Los juristas clásicos decían que en tales casos *actione tenetur*, o usaban las palabras *debere* o *adstringere*, vocablos cuyo campo semántico abarcaba deberes de todo género. El edicto evita el uso de *obligatio* y *obligare* y los juristas limitaron el empleo de estos términos al *ius civile*⁴⁷.

Cuando un deber jurídico era susceptible de hacerse efectivo mediante una extraordinaria *cognitio*, no se emplean tampoco los términos *obligatio* y *obligare*, pues únicamente el deber que podía hacerse efectivo por una *actio in personam* era constitutivo de *obligatio*⁴⁸. Deberes derivados de un *ius in rem* y que pueden hacerse efectivos mediante una *actio in rem*, no eran tampoco *obligationes*. Así, por ejemplo, el propietario de una cosa puede exigir su restitución mediante una *reivindicatio*, incluyendo en ella la reclamación de los frutos y los daños. Los juristas cuando hacen referencia a estos casos dicen *rem, fructus restituere debet* o *restituere eum oportet*, evitando el ejemplo de las expresiones *obligatio* y *obligare*⁴⁹.

⁴⁷SCHULZ, *Derecho Romano Clásico*, trad. esp. Santa Cruz Teigeiro (Barcelona, 1960) p. 436.

⁴⁸*Ibid.*, donde añade: “Así, por ejemplo, cuando se imponía a un heredero un *fideicommissum*, el heredero debía realizar algo en beneficio del *fideicommissarius*, pero este deber, no constituía tampoco una *obligatio* porque la *persecutio fideicommissi* no era una *actio* propiamente dicha.

⁴⁹*Ibid.*, p. 437.

suspenso esto último al no existir prueba segura de cuál fue la supuesta obra que pudo tener influencia en la *Institutiones*.

La bipartición gayana se fundamenta, pues, en la contraposición entre *contractus* y *delictum*: una persona es deudora de otra, o porque así lo han convenido de común acuerdo, o porque la primera ha realizado contra la segunda un acto ilícito que debe reparar. A tenor de la terminología de la era gayana *contractus* es sinónimo de “acuerdo de voluntades” y el propio Gayo (3, 89) distingue cuatro tipos de los mismos: I) contratos reales (*re contrahitur obligatio*), en los que la obligación surge por la entrega de la cosa; II) contratos verbales (*verbis contrahitur obligatio*), que para la producción de la obligación requieren la pronunciación de ciertas palabras; III) contratos literales (*litteris contrahitur obligatio*, perfeccionados por la forma documental; IV) contratos consensuales (*consensu contrahitur obligatio*), en los que la obligación nace por el simple consentimiento sin forma⁵⁶. Esta cuatripartición debe ser originaria del propio Gayo, pues parece improbable que el jurista la tomara en esos precisos términos de autores anteriores, aunque estaría lejos de la realidad creer que carezca de entronque con el pensamiento de la jurisprudencia precedente⁵⁷. Por otra parte, en su clasificación de las fuentes de las obligaciones en sentido estricto, protegidas por acciones personales civiles cuya fórmula llevaba el verbo *oportere* en la *intentio*, bien solo o bien acompañado, en determinadas ocasiones, de la cláusula

⁵⁶DAZA-RODRÍGUEZ ENNES, *Institutiones*, cit., p. 261.

⁵⁷Acerca de las posibles influencias de la filosofía griega en la clasificación cuatripartita gayana, cfr., por todos, GROSSO, “Influenze aristoteliche nella sistematizzazione delle fonti delle obbligazioni nella giurisprudenza romana”, en *La filosofia greca e il diritto romano*, cit., I, p. 140 y KASER, “*Divisio obligationum*”, en *Studies Thomas* (Londres, 1983)=*Römische Rechtsquellen und angewandte Juristenmethode* (Viena-Colonia, 1986) p. 162.

de buena fe: *oportere ex fide bona* o equivalente⁵⁸. La noción de *contractus* del *ius civile*, que Gayo refleja en su cuatripartición, está, pues, encuadrada en el binomio *actio-obligatio* civiles. Gayo deja en la referida cuatripartición dos concepciones distintas de la idea contractual. La primera y más antigua se refleja en los tres primeros miembros de la cuatripartición gayana (*obligationes re, verbis, litteris contractae*) que parecen tener como eje la idea de *contrahere obligationem*. En cambio, en el cuarto miembro de la cuatripartición las *obligationes consensu contractae*, responden a la idea de *contrahere negotium*, que procede de otra línea evolutiva, los *iudicia bonae fidei*, que reflejan una condición bilateral y sinalagmática de la *obligatio* y que tienen su sede en el título XIX del *Edictum* (*De bonae fidei iudiciis*), cuya rúbrica original quizá tuvo su sede en el *Edictum peregrino*. La inserción de las *actiones bonae fidei* en la cuatripartición gayana quizá se deba a la fusión de los edictos urbano y peregrino, puesto que en éste se hallarían las *obligationes* que exigían una *bona fides* recíproca: *quidquid alterum alteri dare facere oportet ex fide bona*. Esta mención de reciprocidad de la *obligatio ex fide bona* rompió el binomio *actio-obligatio* civiles y con esta ruptura se superó la tipicidad imperante en el sistema contractual romano. El *contractus* deja de ser una figura tipificada para convertirse en un concepto genérico que se aproxima a la *conventio*⁵⁹.

⁵⁸Lo que sucede en la *actio fiduciae*: “*ut inter bonos bene agier oportet et sine fraudationes*, vid., LENEL, *Das Edictum Perpetuum* ³ (Leipzig, 1927) p. 292; NOORDRAVEN, “Die fiducia im römischen Recht”, en *Index* 18 (1990) p. 249 ss. La discusión sobre estos textos ha sido replanteada en tiempos más recientes por C. FUENTESECA, *El negocio fiduciario en la jurisprudencia del Tribunal Supremo* (Barcelona, 1997) p. 25 ss. Lo mismo acaece en la *actio rei uxoriae*: “*quidquid ob eam rem melius aequius erit Nm. Nm. Aae. Aae. Reddi oportet*”, vid. PARICIO, *Estudio sobre las “actiones in aequum conceptae”* (Milán, 1986) p. 105 ss. Sobre el *oportere* simple y el *oportere ex fide bona*, vid. KASER, “*Oportere und ius civile*”, en *ZSS* 83 (1966) p. 1 ss. 25 ss.

⁵⁹Ante la imposibilidad de reproducir la bibliografía extranjera, vid., en España: FUENTESECA, “Los sistemas expositivos de las obligaciones contractuales en la Jurisprudencia romana y la idea de

Lo dicho es seguro para la exposición gayana relativa a los contratos, pero también lo es para su exposición de los delitos. Mediante la palabra *delictum* Gayo, 3, 182 indicaba cuatro actos ilícitos: el *furtum*, la *rapina*, la *iniuria* y el *damnum iniuria datum*. Como consecuencia de la comisión de cualesquiera de estos *delicta*, el *ius civile* hacía nacer una *obligatio* entre el autor del acto ilícito y la víctima, consistente en el pago por el primero al segundo de una pena pecuniaria. Los cuatro delitos mencionados tienen carácter civil, lo que no impide que en época clásica su regulación fuera en gran medida pretoria, pues el pretor o bien complementó las antiguas acciones civiles con otras nuevas, o bien reemplazó las acciones arcaicas que habían quedado inadecuadas por otras pretorias⁶⁰. En efecto, en el delito de hurto - respecto al cual la *rapina* es sólo una variante agravada- junto a las acciones civiles existieron en la época clásica distintas *actiones in factum*; en el delito de daños, junto a la acción civil de la *lex Aquilia* se introdujeron también en el *Edictum* distintas *actiones utiles* o *in factum*; y en el delito de injurias, la antigua sanción civil quedó reemplazada por la nueva *actio iniuriarum*- que presenta en el Edicto distintas fórmulas según el tipo de injuria producido- de naturaleza pretoria. En todo caso, y pese a estas matizaciones, se trata siempre de antiguos delitos civiles. Las *obligationes ex delicto*, aparecen como un *genus* único (... *uno genere consistit obligatio, cum ex contractu obligationes in IIII genera diducantur, sicut supra exposuimus*: Gayo, 3, 182). Esta información gayana refleja una confusión entre *genus* y *species*, quizá debida a la tardía elaboración de la *obligatio ex delicto*, hasta su incorporación al mecanismo procesal de la *obligatio civilis* mediante una *intentio*

contractus”, en AHDE XXIII (1953) p. 539-577; ID., “Visión procesal del contrato”, cit., p. 469-516; ID., “Origen del concepto romano de la obligación”, cit., p. III-152.

⁶⁰Vid., a este respecto, RODRÍGUEZ-ENNES, “Los actos ilícitos de derecho honorario”, en *Estudios Murga*, p. 921-945.

que las *Res cottidianae* se deberían a un reelaborador de la primera época postclásica que trabajaba sobre la obra de Gayo⁶⁸. Empero, recientemente se ha abierto camino de nuevo la hipótesis más antigua proclive a admitir la autoría gayana⁶⁹.

Algunos autores, tanto antiguos como modernos han supuesto que el elemento unificador de las *variae causarum figuris* tal vez fuera el de la responsabilidad por

(1900) p. 315] considera “preferible” las *Res cottidianae* por utilizar una sistemática más perfeccionada, de ahí que los compiladores les den un mayor relieve tanto en la composición del Digesto como en la de las *Institutiones*.

⁶⁷Según los compiladores la obra constaba de siete libros, pero los fragmentos que tomaron de ella proceden todos de los tres primeros. Una explicación posible de este hecho la proporciona SCHULZ, *History of Roman Legal Science*, cit., p. 168: “the remaining four books were just Gaius Institutes”. Para COMA FORT, *El derecho de obligaciones*, cit., p. 15, nt. 5: “los siete libros del *Index Florentinus* no tuvieron por qué existir, sino que podría deberse a un error del copista, que confundió la numeración romana de un tres por la de un siete”.

⁶⁸Dentro del sector de autores que considran postclásicas las *Res cottidianae*, hay que destacar por su originalidad la hipótesis de ARANGIO-RUIZ, “Ancora sulle *res cottidianae*”. *Studio di giurisprudenza postclassica*, en *Studi Bonfante* I, p. 491 ss., a favor de la existencia de dos manuscritos de las *Res cottidianae*, uno empleado en la redacción de los fragmentos del Digesto y otro en la elaboración de las Instituciones de Justiniano. En una línea parecida WOLFF, “Zur Geschichte des Gaiustextes”, en *Studi Arangio-Ruiz* IV, p. 171 ss. Considera no sólo postclásicas las *Res cottidianae*, sino también el manuscrito veronés de las Instituciones de Gayo que se ha conservado. SCHULZ, *History*, cit., p. 167, nt. 9, piensa en una obra postclásica occidental. Más modernamente, WOŁODKIEWICZ, “*Obligaciones ex variis causarum figuris*”, cit. p. 84, nt. 2, con bibliografía. Últimamente de esta opinión PARICIO, “Las fuentes de las obligaciones”, cit., p. 54-55.

⁶⁹Así, por ejemplo, HONORÉ, *Gaius* (Oxford, 1962) p. 68 ss.; GIMÉNEZ-CANDELA, *Los llamados cuasidelitos* (Madrid, 1990) p. 51 ss.; DE MARTINO, “*Litem Suam Facere*”, en *BIDR* 91 (1988, pero publ. 1992) p. 10 y 17 ss.

culpa⁷⁰, pero una interpretación de este tipo no resulta sostenible. En efecto, aparte de que no se respondería por culpa sólo en esos casos, pues basta recordar que la responsabilidad en el *damnum iniuria datum* era por culpa (y el delito de daños fue siempre eso: un delito en sentido estricto, nunca un “cuasidelito”), debe tenerse en cuenta que el criterio de la responsabilidad por culpa aparece en las *Res cottidianae* sólo en lo que afecta a la acción que procedía contra el juez (D. 44, 7, 5, 4) y en la acción contra los *nautae*, *caupones* y *stabularii* (D. 44, 7, 5, 6) pero no así en los otros dos supuestos: *effusum vel deiectum* y *positis vel suspensis*⁷¹.

Tampoco puede aceptarse que el criterio que daría unidad a estos cuatro casos sería la responsabilidad por hechos ajenos. Una responsabilidad de este tipo puede sostenerse en la acción contra los navieros, posaderos y dueños de establos por los delitos cometidos por el personal de sus establecimientos y también (aunque con alguna matización) en la *actio de effusis vel deiectis* y en la *actio de positis vel suspensis*, pero no así en la acción contra el juez *qui litem suam fecit*, pues con independencia de la interpretación que se de a este ilícito judicial⁷², lo que al juez se le reprochó directamente fue una concreta actuación personal.

⁷⁰Esta interpretación ya la defendieron autores antiguos como Cujacio, Pothier e Heinecio, y en el siglo XX distintos autores desde Albertario; *vid.*, con referencias, STEIN, “The Nature of quasi-delictal Obligations in Roman Law”, en RIDA 5 (1958) p. 564 ss.

⁷¹En relación con este ilícito pretorio, cfr. RODRÍGUEZ-ENNES, “Algunas observaciones acerca de la *actio de positis vel suspensis*”, en *Estudios Arias Bonet*, RFDUM 16 (1989) p. 689 ss.

⁷²*Vid.*, CREMADES-PARICIO, “La responsabilidad del juez en el Derecho romano clásico”, en AHDE 54 (1984) p. 186 ss. Más modernamente, LAMBERTI, “Riflessioni in tema di *litem suam facere*”, en *Labeo* 36 (1990) p. 218 ss. y DE MARTINO, “Litem suma facere”, *cit.*, p. 1 ss.

éste era responsable en época clásica por el hecho de haber frustrado el litigio, independientemente de su dolo o de su culpa⁷⁶. Así, pues, la diferencia clásica entre los delitos y esos cuatro supuestos resultaría diáfana: mientras en los *delicta* la condena pecuniaria dependía del *dolus malus* o, en los delitos culposos, de la culpa del autor, en esos otros cuatro casos no se tomaba en consideración el elemento subjetivo, pues el *iudex*, el *habitor*, el *nauta*, el *caupo* y el *stabularius* eran responsables independientemente de su dolo o de su culpa. En tales supuestos no cabe aplicar la teoría de la responsabilidad subjetiva con pretensiones de unicidad. Como escribe Luzzatto⁷⁷: “parece antihistórico hablar de responsabilidad subjetiva y objetiva, respectivamente, como de criterios más progresivos o más primitivos de valoración de la responsabilidad; o, sobre otro plano, como atenuación o agravamiento de la misma responsabilidad. En realidad, se trata solamente de dos criterios diversos de valoración, y el problema radica únicamente en ver si tales criterios corresponden a la exigencia y a las concepciones doctrinales de aquel determinado período. La tendencia actualmente dominante –concluye– demuestra que el criterio objetivo puede ser tanto o, incluso, más adaptado a las exigencias del progreso que el subjetivo”.

En todo caso, y a pesar de que lo hasta aquí dicho puede resultar razonable, no queda más remedio que reconocer que la cuestión del criterio que sirvió de fundamento al autor de las *Res cottidianae* para agrupar esos cuatro supuestos presenta obstáculos difícilmente superables.

⁷⁶Sobre ese sentido de *litem suam facere*, cfr. la literatura cit. en nt. 73.

⁷⁷LUZZATTO, “Spunti critici in tema di responsabilità contrattuale”, en BIDR 63 (1960) p. 71 ss.

obligaciones, tiene el efecto de oscurecer el significado de las demás fuentes, de las fuentes en sentido propio. Pues implica la aceptación de cualquier tipo de desarrollo normativo desde el plano superior de la ley, separado por un abismo infranqueable del mundo de los hechos, y difumina además la importancia relativa que la tradición jurídica atribuye a cada causa de obligación⁸⁸.

La antigua clasificación del “Code Napoleón”, que sirvió de modelo a los posteriores, tiene su origen, como hemos ya apuntado, en la clasificación de Pothier, quien añadió la ley a las cuatro fuentes de las obligaciones que aparecen en las Instituciones de Justiniano, las cuales se remontan a su vez a Gayo. El artículo 1370 del Código civil francés es, por tanto, una reliquia del pasado. El problema que plantea la clasificación de las fuentes de las obligaciones no es directamente práctico, aunque tenga una enorme trascendencia práctica, sino teórico y sistemático. Afecta al modo en que se piensa y justifica la relación obligatoria. En este sentido, el Código español, como su antecesor francés, parte de un planteamiento superado ampliamente para muchos juristas modernos. Nuestro Código, en el art. 1089, señala que “las obligaciones nacen de la ley, de los contratos y cuasicontratos, y de los actos u omisiones ilícitos o en que intervenga cualquier género de culpa o negligencia”. Son complemento de esta disposición las siguientes reglas contenidas en los artículos 1090 y 1093, que ofrecen, por cierto, escaso interés, pues como dice Castán Tobeñas⁸⁹, ni son congruentes entre sí (el primero de ellos se dedica principalmente a precisar el concepto de las obligaciones *ex lege*, el segundo a indicar algunos de los efectos que producen los contratos, y el tercero y cuarto, sin definir ni marcar consecuencias, a señalar el lugar en que las obligaciones procedentes de los delitos y

⁸⁸DE LOS MOZOS, “Clasificación de las fuentes de las obligaciones”, cit., p. 120.

⁸⁹CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español, común y foral* (Madrid, 1958) III, p. 62-63.

histórica y de las menos interesantes la antigua clasificación de las fuentes de las obligaciones⁹¹.

V. EPÍLOGO.

Para concluir, no nos resistimos a transcribir las lúcidas palabras de Schulz acerca de la grandeza y servidumbre del Derecho romano de obligaciones. En su opinión, ninguna otra parte del ordenamiento jurídico romano ha despertado más admiración y ha influido tanto en el derecho europeo. Este elogio se halla plenamente justificado si se refiere al derecho romano modernizado tal como se practica desde el siglo XVI hasta el XIX, pero por lo que hace al derecho clásico y al justiniano, se impone una valoración más prudente. Podemos observar que instituciones tales como los contratos consensuales y las acciones para repetir el enriquecimiento injusto, son muy útiles y originales. El principio *pacta sunt servanda* fue observado inflexiblemente; la *bona fides* jugó un papel preponderante; la clásica *actio iniuriarum* fue un enérgico remedio para proteger intereses materiales y la *actio de dolo* sirvió de arma eficaz contra todo género de fraudes⁹².

⁹¹Precisamente un romanista, CANNATA lo expresa con especial contundencia cuando dice: “... purtroppo l’impostazione che la giurisprudenza dell’Europa continentale ha, nel corso della sua storia, adottato e variamente elaborato risale, come punto di partenza, alla *divisio obligationum* delle istituzioni di Gaio (II secolo), che tra la classificazione concetti nell’ambiente della scienza giuridica romana é la sola pensata in pura funzione didattica, sganciata dei problemi pratici e costruita con strumenti dommatici proporzionati alla mente di un mediocre *magíster*, no de un giurista” [Cfr. “Le obbligazioni in generale”, en RESCIGNO (dir.) *Trattato di diritto privato*, 9: *Obbligazioni e contratti*, tomo I (Turín, 1984) p. 22].

⁹²SCHULZ, *Derecho Romano Clásico*, cit., p. 442.

No debemos olvidar, empero, los graves efectos de que adolece esta tan ponderada parte del Derecho romano. En este campo, como en otros, el estéril conservatismo de los juristas clásicos, impidió la debida modernización del Derecho. La figura central en el cuadro de los contratos, la *stipulatio*, ofrece indudables caracteres de arcaísmo y, a pesar de ello, los juristas la conservaron obstinadamente en lugar de sustituirla por el contrato escrito. El derecho concerniente a la compraventa, fue innecesariamente intrincado, especialmente en lo que se refiere a la garantía que está obligado a prestar el vendedor por los vicios de la cosa. El contrato de hospedaje y el de arrendamiento de obras y servicios fue insuficientemente desarrollado. La repugnancia a admitir la cesión de créditos, condujo a la adopción de substitutivos artificiosos e inútiles. El derecho referente al *furtum* resultaba complicado y arcaico. Esta lista de defectos podría ser ampliada con facilidad. Los juristas postclásicos, especialmente las compiladores justinianeos, tuvieron la intención de modernizar el antiguo derecho clásico, pero esta tarea resultaba superior a sus posibilidades. Las interpelaciones, cuidadosamente practicadas, solamente sirvieron par allanar el camino de la controversia fácil y superflua⁹³.

⁹³ *Ibid.*, p. 443.